

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

FELIPE PIERRI MARTINS

RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO MOTIVADA NO INTERESSE
PÚBLICO

FLORIANÓPOLIS
NOVEMBRO DE 2013

FELIPE PIERRI MARTINS

RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO MOTIVADA NO INTERESSE
PÚBLICO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Professor Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

FLORIANÓPOLIS
NOVEMBRO DE 2013


UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE APROVAÇÃO

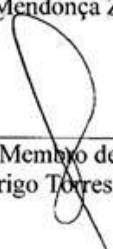
A presente monografia intitulada "**A rescisão do contrato administrativo motivada no interesse público e seus limites**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Felipe Pierri Martins**, defendida em **22/11/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 8,0 (Boa), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 22 de novembro de 2013.

Professor(a) Orientador(a)
Luís Carlos Cancellier de Olivo



Membro de Banca
Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa



Membro de Banca
Rodrigo Torres de Oliveira

Agradecimentos:

A meus pais, Amarildo e
Tânia, a minha avó, Odília e a
Lisiany Helen Silva.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de rescisão unilateral do contrato administrativo, por parte de Administração Pública, motivada no interesse público e seus limites legais. Inicialmente, aborda-se o surgimento do Estado, com uma análise dos direitos e deveres dos indivíduos perante o Estado absolutista e, posteriormente o liberal, por seguinte, conceitua-se direito administrativo fazendo-se um apanhado geral sobre os princípios inerentes a Administração Pública e ao direito administrativo. Estudam-se, em seguida, os contratos administrativos em linhas gerais, suas cláusulas obrigatórias e seus principais princípios. Por fim, são analisadas as formas de rescisão do contrato administrativo, previstas nos art. 78 e 79 da Lei 8.666/1993 e a excessiva onerosidade aos cofres públicos dessa espécie de rescisão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo. Estado absolutista. Estado liberal. Supremacia do interesse público. Contrato administrativo. Rescisão. Responsabilidade civil contratual e extracontratual. Segurança jurídica. Indenização.

SUMÁRIO

RESUMO	4
SUMÁRIO	5
INTRODUÇÃO	8
1. PRINCÍPIOS INERENTES A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AO DIREITO ADMINISTRATIVO	10
1.1 - BREVE HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	10
1.2 - CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO	15
1.3 - PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	16
1.3.1 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	17
1.3.2 - SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	18
1.3.3 - INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	21
1.3.4 - IMPESSOALIDADE	23
1.3.5 - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE OU DE VERACIDADE	24
1.3.6 - ESPECIALIDADE	24
1.3.7 - CONTROLE OU TUTELA	25
1.3.8 AUTOTUTELA	26
1.3.9 - HIERARQUIA	27
1.3.10 - PUBLICIDADE	27
1.3.11 - MORALIDADE ADMINISTRATIVA	28
1.3.12 - RAZOABILIDADE e PROPORCIONALIDADE	29
1.3.13 - MOTIVAÇÃO	30
1.3.14 - EFICIÊNCIA	30

2.	O CONTRATO ADMINISTRATIVO	32
2.1	- CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	32
2.2	- A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI REGULAMENTADORA	33
2.3	- CONCEITO DE CONTRATO	34
2.4	- CLÁUSULAS NECESSÁRIAS AO CONTRATO ADMINISTRATIVO	37
2.4.1	- O OBJETO DO CONTRATO	38
2.4.2	- REGIME DE EXECUÇÃO	39
2.4.3	- PREÇO E CONDIÇÕES DE PAGAMENTOS	39
2.4.4	- PRAZOS CONTRATUAIS	39
2.4.5	- ESPECIFICAÇÕES DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS	40
2.4.6	- DIREITOS E DEVERES DAS PARTES	40
2.4.7	- CASOS DE RESCISÃO	41
2.4.8	- PENALIDADES	41
2.4.9	- VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO	42
2.4.10	- REQUISITOS E EXIGÊNCIA DA HABILITAÇÃO	42
2.4.11	- ELEIÇÃO DO FORO	43
2.5	- OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DAS CLÁUSULAS.	43
2.6	- CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	44
2.6.1	- A PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER PÚBLICO	44
2.6.2	- FINALIDADE PÚBLICA	45
2.6.3	- OBEDIÊNCIA À FORMA PRESCRITA EM LEI	45
2.6.4	- PROCEDIMENTO LEGAL	46
2.6.5	- NATUREZA JURÍDICA DE CONTRATO DE ADESÃO	46
2.6.6	- NATUREZA <i>INTUITU PERSONAE</i>	47

2.6.7 - CLÁUSULAS EXORBITANTES	47
2.6.8 - ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	48
2.6.9 - MUTABILIDADE	48
3. RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	50
3.1 - FORMAS DE RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	50
3.2 - A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM INDENIZAR	53
3.3 - CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO	58
3.4 - OUTROS REQUISITOS NECESSÁRIOS A RESCISÃO	60
3.5 - SEGURANÇA JURIDICA	64
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como tema a rescisão unilateral do contrato administrativo pela Administração Pública, motivada no interesse público.

De fato, vale registrar, que o tema abordado é um tanto polêmico, uma vez que, o contrato administrativo, nada mais é que um acordo entre a Administração Pública e o particular que estabelece obrigações recíprocas. Isto proporciona à Administração Pública perseguir o bem da coletividade, que é o seu objetivo primário.

Todavia, na maioria dos contratos firmados pela Administração, ela aparece, na relação, como Poder Público, o que lhe enseja uma série de prerrogativas, sempre a colocando em posição privilegiada ao contratado na relação contratual existente.

Uma dessas prerrogativas é a possibilidade de rescindir o contrato unilateralmente, por inadimplemento do contratado ou por interesse público. Todavia, a Administração, vem, ao longo do tempo, utilizando-se indevidamente do conceito jurídico indeterminado “interesse público” para rescindir contratos a sua boa vontade.

Ocorre que tal atitude vem se demonstrando demasiada onerosa aos cofres públicos, uma vez que, qualquer rescisão do contrato administrativo, que não tenha culpa exclusiva do contratado, dará a ele direito a uma indenização. Ainda mais perigosa, demonstra-se, quando for realizada ao arrepio da Lei, pois, dessa forma a Administração responde objetivamente pelos danos causados.

O método utilizado na abordagem do tema foi pesquisa jurisprudencial junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC e ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, além de pesquisa doutrinária aos mais diversos autores que já abordaram o tema.

No primeiro capítulo, há um retrospecto histórico com uma síntese do surgimento do Estado de direito, primeiramente, como um Estado

absolutista, que tudo pode e tudo faz, e, após, um Estado liberal, garantindo aos cidadãos direito fundamentais.

Fala-se, em seguida, do nascimento do direito administrativo, que surge para regulamentar a atividade estatal.

Discute-se em seguida sobre os princípios cimentados, atualmente, no ordenamento administrativo positivo brasileiro.

No segundo capítulo, passa-se a analisar os instrumentos contratuais firmados pela Administração Pública, expondo as correntes doutrinárias em relação ao tema.

Após, analisa-se o advento da Constituição Federal de 1988 e a Regulamentação da Lei 8.666/1993, comentando sobre as cláusulas necessárias ao contrato administrativo, bem como, os princípios que norteiam os contratos administrativos.

E por derradeiro, no terceiro capítulo expõe-se as três possibilidades de rescisão do contrato administrativo (amigável, judicial e unilateral), a previsão de indenizações ao contratado em caso de rescisão, contida no art. 79 da lei 8.666/1993, bem como, as espécies de responsabilidade civil que o Estado está sujeito.

Ainda, fala-se, de maneira sucinta, dos requisitos para que a rescisão unilateral motivada no interesse público possa ser efetivada sem que haja o pagamento de indenizações ao contratado.

1. PRINCÍPIOS INERENTES A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 - BREVE HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Em meados do século XV, com o desenvolvimento do mercantilismo, surge a figura do Estado. Sobre essa concepção, o grande pensador, Thomas Hobbes afirma que a sua criação se dá por um pacto, onde todos os indivíduos concordam em ceder e transferir o seu direito de “governar a si mesmo, a este deus homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de que transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”.¹

Hobbes, ao definir o Estado, classifica-o como sendo “um Deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa”.² Acredita que o Estado é a única forma de atingir a paz social, uma vez que, quando dois homens querem a mesma coisa, naturalmente tendem a entrar em conflito. Tanto que chega a afirmar em sua obra que “o homem é o lobo do homem”.³

Desta forma, em *Leviatã*, o filósofo chega à conclusão que as decisões do Estado são absolutas e a liberdade do indivíduo, ao firmar o pacto dos homens, fica restrita às determinações do Estado, sendo esse um ser soberano. Logo, seria inadmissível que o indivíduo questionasse os atos e decisões do administrador.

¹ HOBBS, T. *Leviatã*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural. 2003. p.109. Coleção Os Pensadores.

² *Ibid.* 1. p. 106.

³ *Ibid.* 1. p. 104.

Na concepção de Hobbes, tem-se, pura e claramente, a percepção de um Estado absolutista, onde os indivíduos abdicam de sua soberania em favor do Estado, que tudo pode e tudo faz, em busca da paz social, inclusive, se for necessário, poderá renunciar os direitos individuais de seus súditos.

É nele que consiste a essência do Estado, que pode ser assim definida:

Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns aos outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. O soberano é aquele que representa essa pessoa.⁴

Todavia, esse modelo de Estado estava fadado ao fracasso, visto que, a sociedade, ao invés de ser calma e próspera, se torna desigual e tirana. A inexistência de direitos individuais, a desigualdade de classes e quase nenhuma participação política, são suas principais características.

No final do século XVIII, inconformada com o absolutismo do Estado, a burguesia Francesa desejava controlá-lo e, para isso, financia a “Revolução Francesa”, a qual se finda com a queda da monarquia absolutista que controlava o Estado Francês. O Levante teve como mote a expressão “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, temas que passaram a ser fundamentais para o Estado.

A Revolução se propagou pela Europa, combatendo as monarquias absolutistas da época, influenciou na independência dos Estados Unidos da América e inaugurou uma nova concepção de Estado, tornando-o mais Liberal.

O pai do Liberalismo é o filósofo John Locke, em sua obra “Dois Tratados do Governo Civil”, publicada no final do século XVII, critica o

⁴ Ibid. 1. p. 130-131.

absolutismo das monarquias Europeias, influenciando o início da Revolução Francesa, Revolução Inglesa e Revolução Americana.

Para o Liberalismo de John Locke, o indivíduo também firma um acordo, no qual transfere ao Estado uma parcela de sua soberania. Contudo, essa transferência não é absoluta, já que, o Estado é obrigado a garantir direitos fundamentais ao indivíduo, posto que, o homem é quem é soberano e não o Estado, que não passa de uma simples criação humana.

Norberto Bobbio ao analisar o tema em sua obra, define o Estado liberal como:

Falou-se até que genericamente de **Estado limitado ou de limites do Estado**. Deve-se agora precisar que essa expressão compreende dois aspectos diversos do problema, aspecto que nem sempre são bem distinguidos: **a) os limites dos poderes; b) os limites das funções do Estado. A doutrina Liberal compreende, um excluindo o outro.** O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto quanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é o Estado mínimo. Embora o Liberalismo conceba o Estado como Estado de direito quanto com Estado mínimo (por exemplo, o Estado Social contemporâneo) e pode-se também conceber um Estado Mínimo que não seja um Estado de direito (tal como, com respeito À esfera econômica, o Leviatã hobbesiano, que é ao mesmo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal em economia). Enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como *legibus solutus*, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se, então, dizer que o estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam historicamente e praticamente.⁵ **(Grifou-se)**

Límpido, portanto, que no Estado liberal, assim como no Estado absolutista, o indivíduo abre mão de sua liberdade, por intermédio de um pacto, criando um Estado de Direito. Entretanto, na ótica liberal, o governo não possui poderes ilimitados, devendo garantir direitos fundamentais aos indivíduos, visto que, estes são soberanos e livres, ao

⁵ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marcos Aurélio Nogueira. Editora Brasiliense. Milão. Itália. 2000. p. 17-18.

contrário do Estado, que não passa de uma criação humana, visando buscar o bem comum.

Nesse contexto, começam a surgir às primeiras constituições. Organização do Estado, divisão de poderes, direitos aos cidadãos, eram suas principais características, obviamente, foram largamente influenciadas por preceitos liberalistas como a isonomia, a propriedade privada, a livre iniciativa e liberdade política, religiosa e econômica.

Importante ressaltar ainda que, o liberalismo foi à base para o surgimento e fortalecimento do capitalismo no mundo moderno.

Ocorre que, com a mudança do Estado absolutista para o liberal, o indivíduo deixa de ser apenas um ser submisso ao Estado e passa a possuir sujeições e garantias para com o governante. Porém, não existia no ordenamento positivo, naquela época, a regulamentação das relações do Estado com o indivíduo/cidadão. Desta maneira, caso o Estado falhe-se com o indivíduo, este teria que se utilizar do ordenamento comum para ter seu direito garantido.

Nesse cenário é que surge o direito administrativo, para cobrir uma lacuna que o direito comum não conseguiria e nem poderia preencher, isto porque, o Estado moderno tem o dever de perseguir o interesse da coletividade e, para isto, possui prerrogativas que o colocam em posição privilegiada em relação aos particulares. Por isso o direito comum não seria o meio mais adequado para regular a relação Estado – Indivíduo.

Pode-se evidenciar essa tendência já na França em 1873, no famoso caso de Agnès Blanco:

Circunstâncias do Caso - Ocorrência

Em 3 de novembro de 1871, Agnès Blanco, 5 anos, ao passar em frente a uma fábrica de processamento de tabaco, foi atropelada e ferida gravemente por um vagonete que saiu subitamente de dentro do estabelecimento, tendo uma perna amputada.

O vagonete pertencia a uma empresa estatal de manufatura de tabaco de Bourdeax e era conduzido por quatro empregados.

Inconformado, o pai da menina, Jean Blanco, ingressou, em 24 de janeiro de 1872, no tribunal de justiça (civil) com uma ação de indenização (reparação de danos) contra o Estado, alegando a responsabilidade civil (patrimonial) pela falta cometida por seus quatro empregados. A chamada *faut du service*.

Surgiu, então, um conflito entre a jurisdição judicial (causas entre particulares – civil) e a jurisdição administrativa (causas em que o Estado é parte), sendo o Tribunal de Conflitos responsável por decidir de quem era a competência para julgar a causa. A corte, composta por quatro membros de cada jurisdição, enfrentou um impasse, posto que houve um empate (4 x 4).

O Ministro da Justiça, Jules Dufaure, presidente do Tribunal de Conflitos, denominado Guardião dos Selos, **desempatou, usando sua prerrogativa do Voto de Minerva, em favor do Conselho do Estado, a jurisdição administrativa.**

Diante dessa decisão superior, prevaleceu a decisão do Conselho do Estado que concedeu uma pensão vitalícia à vítima, lançando, assim, as bases da Teoria do Risco Administrativo que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados pelos seus agentes.

Essência do Caso

Considerando que a responsabilidade que pode incumbir ao Estado os danos causados aos particulares, causados pelas pessoas empregadas pelo serviço público, não pode ser regida pelos princípios que são estabelecidos no Código Civil, para as relações jurídicas de particular a particular; que esta responsabilidade não é plena nem absoluta; que ela tem suas regras especiais que variam de acordo com as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar o direito do Estado (direito público) com os direitos privados (direito civil).⁶ (Grifou-se)

Nessa situação, chegou-se a decisão de que era necessário inaugurar um novo ramo no ordenamento positivo, o direito administrativo. Esse posicionamento ganhou adeptos mundo a fora, sendo amplamente debatido nas Escolas Francesa, Italiana e Alemã entre outras.

⁶ ARRÊT BLANCO DU TRIBUNAL DES CONFLITS SUR LÉGIFRANCE - (www.legifrance.gouv.fr) - Tradução: Jéssica Vasconcelos Carvalho. Disponível em : < <http://alexandreadministrativo.blogspot.com.br/2011/05/o-caso-blanco.html>>. Acesso em: 22 nov.2013.

1.2 - CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo é o seguimento do ordenamento positivo que disciplina a atividade do Estado ou de entidade que a ele se equipare, tendo como princípios basilares: **A) supremacia do interesse público sobre o privado; B) a indisponibilidade, pela Administração dos interesses públicos.**

Segundo o professor Hely Lopes Meirelles pode-se chamar de direito administrativo “o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.⁷

Mais completa é a definição dada pelo professor Barros Jr., citado na obra de Hely Lopes Meirelles:

Algo diversa, propendendo mais para uma combinação de critérios subjetivos e objetivos do conceito de Administração Pública, como matéria sujeita à regência desse ramo do Direito, o que levou o mesmo publicista a concluir que abrangerá, pois, o direito administrativo, entre nós, todas as funções exercidas pelas autoridades administrativas de qualquer natureza que sejam; e mais; as atividades que, pela sua natureza e forma de efetivação, possam ser consideradas como tipicamente administrativas.⁸

Já a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro acredita que é possível conceituar o direito administrativo de várias óticas diferentes, utilizando-se de diferentes critérios e Escolas como a: Escola dos Serviços Públicos prestados pelo Estado (Escola Francesa); Dos atos do poder executivo, que acredita que somente, seriam regulamentados pelo direito administrativo os atos do executivo, excluindo os outros dois poderes. Entretanto, após expor várias correntes, ela também chega a seu conceito próprio:

⁷ MEIRELLES. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 37. ed. 2010. p. 40.

⁸ Ibid. 7. p. 40.

Definimos direito administrativo como o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para consecução de seus fins, de natureza pública.⁹

Deste modo, infere-se que, o Direito Administrativo é ramo do direito público e, assim como outros ramos do direito positivo, é regido por princípios que servem de norte para todas as atividades desenvolvidas pela Administração Direta ou Indireta, ou quem a ela equiparar-se.

Porém, “a Administração Pública pode submeter-se a regime jurídico de direito privado ou a regime jurídico de direito público”¹⁰, quando formaliza instrumentos contratuais. Geralmente quem faz a escolha é o próprio texto da Constituição Federal ou a Lei, não podendo o administrador, por ato administrativo, ir contra o que a regra estabelece, escolhendo regime diverso.

Em ambos os casos, a Administração Pública deve se ater aos princípios inerentes ao Direito Administrativo e a Administração Pública.

1.3 - PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

O Estado sempre desempenha suas funções buscando o bem comum da coletividade. E a melhor forma encontrada para aproximar-se do indivíduo e alcançar esse objetivo é repartir-se em poderes, órgãos e repartições, etc.; hierarquizados, cada qual com sua competência, facilitando assim a sua organização e proporcionando um melhor atendimento aos anseios da sociedade.

⁹ PIETRO. Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. São Paulo. 22ª ed. Atlas. 2009. p. 48.

¹⁰ Ibid. 9. p. 60.

Logo, o objetivo da Administração Pública é gerir, desenvolver, resguardar os bens e serviços da coletividade. Desta forma, toda e qualquer ação ou ato do Estado na gestão do interesse da coletividade tem a obrigação de observar os princípios inerentes ao Direito Administrativo e Administração Pública.

Além do, já citado, princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, o legislador brasileiro optou por estabelecer outros fundamentos a serem observados pelo o administrador na realização dos seus atos.

1.3.1 - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Está expressamente previsto no Artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifei).¹¹

Em síntese, a Administração Pública só deve agir dentro do que preconiza a lei, não podendo realizar atos aquém ou além do que a letra do código estabelece. Portanto, a vontade do administrador é restrita ao que coloca a norma vigente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao comentar sobre o tema chega à conclusão que a “Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

¹¹ Constituição Federal da República Federativa do Brasil do ano de 1988.

No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe”.¹²

Isto porque, o ordenamento jurídico positivo administrativo, possui um duplo viés normativo, ou seja, **ao mesmo tempo em que se estabelece o que a Administração deve fazer; também impõem limites ao que o administrador pode realizar, não permitindo discricionariedade ao agente nesse sentido.** Seria, então, o campo do administrador muito menor que o do particular, tendo em vista que, o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe e o administrador só o que a lei autoriza.

Logo, “em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende da lei.”.¹³

Destaca-se, que não é só o poder executivo que tem a obrigação de observar este princípio, também deve ser aplicado na elaboração da norma positiva, pelo poder legislativo, bem como, pelo poder judiciário no desempenho de suas atividades.

1.3.2 - SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O administrador, desenvolvendo suas atividades, deve garantir, sempre quando deparar-se com um conflito de interesses, entre o público e o privado, que prevaleçam os anseios da coletividade, em razão de que, a própria existência do Estado se dá para perseguir e proteger o interesse público, estando o interesse da sociedade, sempre em um nível superior ao particular.

¹² Ibid. 9. p. 65.

¹³ Ibid. 9. p. 67.

Não está se falando aqui que o administrador não deve observar os direitos e garantias individuais dos cidadãos, mas sim que ele deve agir estritamente dentro da legalidade, sempre objetivando o bem comum.

Nas diferentes classificações encontradas na doutrina, a quase totalidade delas, embora com dizeres diferentes, têm como regra fundamental **“perseguir e obter o eficaz serviço do interesse geral, sem minguagem das situações jurídicas, igualmente respeitáveis, dos cidadãos”**.¹⁴

O primeiro a elevar o interesse coletivo a princípio basilar do Direito Público pátrio foi Celso Antônio Bandeira de Mello, em um artigo publicado na Revista de Direito Público, no ano de 1967. Em sua obra, o autor defende que o Direito Público difere do Direito Privado, pois, enquanto esse busca a isonomia entre as partes, aquele busca uma prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, motivo básico para a existência do Estado.

Acontece que, por muito tempo a Administração Pública e a jurisprudência utilizam-se do princípio constitucional da supremacia do interesse público erroneamente, seja por falta de aprofundamento no tema ou até mesmos a má-fé.

Essa interpretação errônea, por parte dos aplicadores do direito, acaba gerando uma descredibilidade em relação ao princípio da supremacia do interesse público.

Somasse ainda, o fato de tratar-se de um princípio implícito, não estando expressamente previsto na Constituição Federal, o que fez, inclusive, com que uma parte da doutrina, por algum tempo, negasse a sua existência.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo; FERNÁNDEZ. Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. t. I. 14. ed. Madrid: Thomson-Civitas. 2008. p. 53.

Chegam a surgir correntes com o objetivo de desconstruir o princípio da supremacia do interesse público. Entretanto, com advento da Constituição Federal de 1988 e seus novos dispositivos, houve uma reafirmação que o interesse coletivo deve se sobrepor aos interesses individuais, como, por exemplo, o inciso do XXIII do consagrado Art. 5º, o qual determina que a “propriedade atenderá a sua função social”.¹⁵

Diante disto, a teoria inaugurada no Brasil por Celso Bandeira de Mello foi largamente expandida, tornando então, os princípios da supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público, a essência fundamental do Direito Público pátrio.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro teceu os seguintes comentários:

(...) as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem com fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos tem supremacia sobre os individuais.¹⁶

Por consequência dessa transformação, as diretrizes do ordenamento administrativo brasileiro devem basear-se em dois princípios fundamentais: **a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público pela Administração**. “Esses princípios estão presentes, tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”.¹⁷

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988.

¹⁶ Ibid. 9. p. 68.

¹⁷ Ibid. 9. p. 65

Ocorre que, por muitas vezes, o interesse coletivo não é o mesmo que o do administrador e, em razão disso, pode-se, ainda, dividir o interesse público entre primário e secundário:

Primário: coincide com a realização de políticas públicas voltadas para o bem estar social. Satisfaz o interesse da sociedade, do todo social. O interesse público primário justifica o regime jurídico administrativo e pode ser compreendido como o próprio interesse social, o interesse da coletividade como um todo. Pode-se afirmar também que os interesses primários estão ligados aos objetivos do Estado, que não são interesses ligados a escolhas de mera conveniência de Governo, mas sim determinações que emanam do texto constitucional, notadamente do art. 3º da Constituição Federal.

Secundário: decorre do fato de que o Estado também é uma pessoa jurídica que pode ter interesses próprios, particulares. “*O Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais.*”¹⁸ Estes interesses existem e devem conviver no contexto dos demais interesses individuais. De regra, o interesse secundário tem cunho patrimonial, tendo como exemplos o pagamento de valor ínfimo em desapropriações, a recusa no pagamento administrativo de valores devidos a servidor público, a título de remuneração.¹⁹

Sempre que o Estado contrata, deverá fazê-lo visando perseguir o interesse público, seja ele, primário ou secundário. O primário, em síntese, seria o objetivo da coletividade. Já o secundário seria o próprio interesse do Estado.

1.3.3 - INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Alguns doutrinadores defendem que esse princípio na verdade é um subprincípio da supremacia do interesse público, que legitima e limita o exercício das funções do Estado. No entanto, como se viu no tópico acima, a Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 37, uma série de princípios explícitos e implícitos, entre eles, é possível, sim, destacar-se a **indisponibilidade do interesse público**.

¹⁸ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 12. ed. Malheiros. 2000. p. 55.

¹⁹ RAMIN. Áurea Regina. Curso de Direito Administrativo. Brasília. STF.

Em relação ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, do qual derivam as garantias propiciadas ao cidadão de que o interesse da coletividade realmente será buscado pela Administração, muitos dos subprincípios que constituem seus desdobramentos foram constitucionalizados pela lei fundamental de 1988. É o caso dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência, enunciados no art. 37, caput da CF.²⁰

Celso Bandeira de Mello define este princípio da seguinte maneira:

Significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incube apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*....As pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização.²¹

Por conseguinte, a Administração, não poderá de nenhuma maneira submeter o interesse público aos interesses individuais, de modo que o seu cumprimento não está entregue à livre disposição do administrador, sendo, assim, obrigado a cumpri-lo de forma a alcançar a finalidade descrita na lei.

“Isto porque, os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.”.²²

²⁰ BACELLAR FILHO. Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: _____; Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p. 95.

²¹ *Ibid.* 18. 2000. p. 69.

²² CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

1.3.4 - IMPESSOALIDADE

A decisão do administrador público, ao praticar um ato, deve desconsiderar características pessoais dos interessados. Este princípio ganha natureza constitucional somente no ano de 1988, quando a assembleia constituinte o aloca no art. 37 da nova Constituição Federal.

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impeessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifei).

²³

Na verdade a impessoalidade é a própria isonomia prevista no “*caput*”, do art. 5, da Constituição Federal, e o seu objetivo é desvincular a figura do administrador da do Estado, garantindo, desta forma, que a justiça comum seja feita, sem privilégios a qualquer pessoa, de forma neutra, visando somente o interesse público.

O que a Administração tem que ter em mente é que, quando está contratando uma outra parte, não é ela quem é a titular daquele ato, mas sim a coletividade, portanto, para que o interesse da coletividade seja alcançado, as características pessoais não podem ser levadas em conta, dando-se as mesmas oportunidades a todos os indivíduos.

Por isso, “a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que, e sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento”. ²⁴

Para concluir, o que melhor define impessoalidade é o professor Celso Bandeira de Mello, afirmando que “se traduz na idéia de que

²³ Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988.

²⁴ Ibid. 9. p. 68.

a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas”.²⁵

1.3.5 - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE OU DE VERACIDADE

Os atos praticados pela Administração necessitam de celeridade, pois, está esta, a exercer o interesse público. Portanto, todos os atos praticados pela Administração Pública gozam de presunção de veracidade e observância da lei. À vista disso, enquanto a própria Administração ou o Poder Judiciário não decretarem a invalidade do ato, ele possuirá eficácia e produzirá seus efeitos normalmente.

“Trata-se de presunção relativa (juris tantum) que, como tal, admite prova em contrário.”²⁶, deste modo, os atos administrativos tem execução imediata, criando obrigações para os particulares. Desta maneira, está correto quando se afirma que os atos administrativos, em regra, possuem auto-executoriedade.

1.3.6 - ESPECIALIDADE

Como já mencionado, o Estado, buscando se aproximar mais dos cidadãos e alcançar da melhor forma possível o interesse público, divide-se em: poderes, órgãos, Administração direta e indireta e muitas outras distribuições possíveis. Ocorre que, quando o Estado cria entidades ou órgãos descentralizando na Administração, atribuí a cada uma dessas entidades uma finalidade específica.

²⁵ Ibid. 18. p. 84.

²⁶ Ibid. 9. p. 69.

O administrador, por sua vez, está preso ao desígnio do legislador. Por exemplo, a lei que cria a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, estabelece as suas competências, não podendo o administrador, daquela empresa pública, agir de forma diversa daquelas atribuições, sob pena de nulidade do ato.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui:

Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias – como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos.²⁷

Sendo assim, deve o administrador atentar-se aos fins específicos para qual o órgão foi criado, caso contrário será o ato considerado ilegal, por afronta ao princípio da Especialidade.

1.3.7 - CONTROLE OU TUTELA

Está diretamente ligado ao princípio da especialidade, visto que, compete a Administração fiscalizar os órgãos e/ou entidades criados e/ou financiados por ela, para garantir que estejam a cumprir os objetivos específicos para qual foram criados.

²⁷ Ibid. 9. p. 69.

1.3.8 AUTOTUTELA

O princípio da autotutela preconiza que a Administração Pública pode e deve controlar seus próprios atos, corrigindo-os ou extinguindo-os quando verificar que não estão de acordo com os princípios da boa Administração Pública e/ou eivados de ilegalidade.

A autotutela está prevista no ordenamento pátrio no art. 53 da Lei nº 9.784/99, assim como na Súmula nº 473 do STF.

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

[..]

SÚMULA Nº 473

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A autotutela é, portanto, muito mais de que uma discricionariedade do administrador, abrangendo o poder de anular e revogar atos administrativos que contenham vícios legais, posto que, a Administração Pública tem como objetivo principal proporcionar o bem comum da coletividade.

Então, sempre que o administrador observar que um ato contém vícios, formais ou legais, que o tornariam ilegais, ele tem a obrigação de revogá-los ou anulá-los.

1.3.9 - HIERARQUIA

A Administração Pública deve se organizar da melhor forma possível visando administrar o Estado. Contudo, é necessário que nesta organização exista uma hierarquia com coordenação e subordinação entre seus órgãos, cada qual com suas atribuições.

No âmbito do poder executivo federal, por exemplo, se a Presidência da República, que possui órgãos subordinados, que também se subdividem em órgãos subordinados, formando dessa forma uma rede de órgãos administrativos hierarquizados. Isto facilita a fiscalização (autotutela e autocontrole) por parte da Administração dos atos do Estado, serviços e decisões.

O papel do superior hierárquico nesse sistema é o de orientar, controlar e fiscalizar os órgãos subordinados, de forma a garantir que nenhum ato ilegal ou imoral seja cometido por parte da Administração.

Já o papel do subordinado é o de cumprir as orientações do órgão superior, prestar contas e realizar os seus atos de forma a manter uma boa e regular Administração, atingindo, sempre, os seus objetivos específicos.

1.3.10 - PUBLICIDADE

A Administração, por tutelar o interesse público, também é financiada pela coletividade, sendo portanto, obrigada a ter transparência em seus atos. "A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a

maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”.²⁸

Diogenes Gasparini, comentando sobre o tema, definiu este princípio como o “princípio que torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta”.²⁹ No entanto, essa não me parece a real definição desse princípio.

Quando a constituinte colocou a publicidade de forma expressa no *caput* do Art. 37, da Constituição Federal, ele não queria simplesmente que os atos da Administração fossem publicados, mas sim, que o administrador, agindo nessa qualidade, realizasse uma Administração clara e límpida, possibilitando ao administrado realizar uma verdadeira auditoria/controle dos atos da Administração.

1.3.11 - MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da moralidade, no ano de 1988, passou a ser princípio constitucional, obrigando a Administração a agir com ética na realização dos seus atos. Todavia, esbarramos aqui em mais um conceito impreciso, já que, a ética é um conceito subjetivo do indivíduo.

Por algum tempo o princípio da moralidade administrativa ficou restrito ao princípio da legalidade. Porém esse pensamento já foi superado, sendo evidente, que uma norma pode ser legal e não ser moral, bem como, uma norma pode ser moral e não ser legal, pois se, estamos aqui abordando concepções individuais.

²⁸ SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Rio de Janeiro. Malheiros, 2000, p. 653.

²⁹ GASPARINI. Diogenes. Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2003. p. 10.

Diante dessa indefinição, acredita-se que a melhor aceção de moralidade administrativa é a que a traduz como uma obrigação, por parte da Administração, de executar seus atos dentro dos padrões éticos de probidade administrativa e a boa-fé.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sobre o tema, leciona:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa Administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade.³⁰

Deduz-se, portanto, que além de observar a legalidade dos atos, o administrador, também deve prender-se a moral, costumes e regras da boa Administração, sob pena de o interesse público não permanecer resguardado, e seu procedimento ser considerado inválido ou anulado.

1.3.12 - RAZOABILIDADE e PROPORCIONALIDADE

É o princípio que enuncia o cumprimento a critérios por parte do administrador, tendo em vista o bom senso, para a verificação de que seu ato possui aptidão necessária e se o meio empregado pela Administração é o adequado, devido à obrigatoriedade de existir uma harmonia entre o meio adotado e o fim perseguido.

Para melhor compreender, imagine uma comunidade cercada por dois rios, sendo que o seu único acesso é por intermédio de uma ponte, em uma enchente e essa ponte desmorona, deixando o vilarejo isolado. A Administração Pública Municipal, para resolver o problema, resolve comprar uma lancha de luxo, para que os moradores não fiquem isolados. Portanto, a

³⁰ Ibid. 9. p. 80.

Atitude do Executivo Municipal é desproporcional ao que homem médio comum faria, uma vez que a coletividade espera da Administração uma solução segura, rápida, legal, da forma menos onerosa para sociedade, ou seja, a reconstrução da ponte.

A razoabilidade é concepção interna do administrador, mas deve ser mantida dentro do que a coletividade faria no caso concreto, proporcionando, assim, a melhor maneira de concretizar o interesse público.

1.3.13 - MOTIVAÇÃO

A autoridade administrativa é obrigada a apresentar os motivos que a levam a tomar suas decisões. Esse princípio está “consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo espaço mais para velhas doutrinas que o discutiam”.³¹

A motivação não é um princípio expresso na Constituição Federal, exceto para as “decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público (Arts. 93 e 129, § da CF)”.³² Sua previsão legal está na Lei 9.784, onde a Administração, em suma é obrigada a motivar os atos que afetem direitos individuais.

1.3.14 - EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência obriga “todo agente público a realizar as suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”

³¹ Ibid. 9. p. 82.

³² Ibid. 9. p. 82.

³³, esta teoria foi alçada a princípio constitucional somente na emenda constitucional 19/98.

Alexandre de Moraes professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é o que melhor define o princípio da eficiência:

Assim, o princípio da eficiência é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. ³⁴

Portanto, o administrador além de se preocupar com a legalidade, moralidade e a razoabilidade do ato, também deve preocupar-se com a sua qualidade, sempre objetivando aplicar os recursos/esforços públicos da melhor forma possível, gerando melhores resultados, da forma mais econômica possível, aos cofres públicos.

Diferente não seria quando a administração firma um contrato para que o contratado a ajude a perseguir um objetivo específico, visando sempre o bem comum. Ao firmar o instrumento ela deve atentar-se a todos os princípios inerentes a administração pública, bem como, observar todos os requisitos que os vinculam.

³³ Ibid. 7. p. 103.

³⁴ MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98. 3. ed. São Paulo. Atlas. 1999. p. 30.

2. O CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1 - CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Durante algum tempo não se chegou a uma unanimidade na doutrina sobre a existência ou não da figura do contrato administrativo. Então, separamos aqui as três grandes correntes encontradas na doutrina:

A) **A primeira:** em suma, é formada por autores que não acreditam na existência de um contrato administrativo, uma vez que, a Administração quando contrata está numa posição superior ao contratado, em face disso, não há igualdade entre as partes, não existindo, então, um acordo de vontades. Além disso, a Administração fica adstrita ao princípio da legalidade, só podendo fazer o que a lei lhe permitir, logo, nem ela manifesta sua vontade quando está contratando. O principal defensor dessa corrente é o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

B) **A segunda:** admite a existência do contrato administrativo e acredita que todos os acordos firmados pela Administração Pública, mesmo aqueles de caráter privado, regulados pelo Código Civil, são contratos administrativos, estando todos submetidos aos preceitos da Lei 8.666/1993 e aos princípios do Direito Público. Como principal defensor desta corrente, temos o mestre Edimur Ferreira de Faria.

C) **A Terceira:** assim como na segunda doutrina, também crê na existência do contrato administrativo, porém diverge daquele posicionamento, pois acredita tratar-se de uma espécie do gênero contratos, podendo assim, a Administração, firmar pactos de natureza privada e/ou administrativa. “Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e aos efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito administrativo.” ³⁵. Destacam-se nessa corrente os renomados Celso Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diogenes Gasparini.

Hoje, temos um consenso de que a Administração Pública firma contratos de natureza privada, regidos pelo Código Civil, bem como, de natureza administrativa propriamente dita, regidos pela Lei 8.666/1993, mais ambos são orientados pelos princípios inerentes ao direito público.

2.2 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI REGULAMENTADORA

“Embora ainda mantenha a competência para prática de atos unilaterais e vinculantes perante terceiros, o Estado passou a se valer de institutos jurídicos de natureza consensual”. ³⁶ Na Constituição Federal o Contrato Administrativo foi alçado a princípio basilar da Administração Pública, isto porque, em regra, a Administração só pode contratar por intermédio de instrumento contratuais sendo as exceções expressamente previstas em Lei.

³⁵ Ibid. 18. p. 534.

³⁶ FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo. 14. ed. 2010. Editora Dialética. p. 11.

Diante da crescente utilização da figura do contrato, por parte do administrador, o legislador viu-se obrigado a criar regras específicas para sua regulamentação.

Nesse contexto surge a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993) que, em seu Capítulo III, art. 54 a 108, normatiza o contrato administrativo.

Com relação ao surgimento da norma regulamentadora, Marçal Justen Filho, apresentou o seguinte comentário:

As regras originais da Lei nº 8.666/1993 foram resultado de evolução histórica que não pode ser olvidada. O diploma consagrou regras e princípios derivados das leis anteriores, amoldados ao sistema constitucional de 1988 e tendo em vista as necessidades derivadas dos fatos históricos ocorridos no início da década de 1990.”.³⁷

2.3 - CONCEITO DE CONTRATO

Existe a possibilidade de a Administração Pública na hora de contratar formalizar contratos administrativos, propriamente ditos ou de natureza privada. Essa possibilidade gera grandes dúvidas na doutrina sobre quais os princípios que devem nortear os contratos administrativos firmados pela a Administração? Os de direito público ou de direito privado? Estas questões devem-se à existência de vários conceitos e princípios que abrangem o acordo entre os indivíduos.

O contrato é a “mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico”.³⁸ Assim é no âmbito da Administração Pública, já que para

³⁷ Ibid. 35. p. 13.

³⁸ GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. III. Contratos e Atos Unilaterais. 8. Ed. Editora Saraiva. 2011. p.21

continuar prestando serviços públicos de qualidade e atender os anseios da sociedade, a Administração, cada dia mais, acaba necessitando contratar para que lhe ajudem a buscar seus objetivos.

Carlos Roberto Gonçalves, conceitua o contrato:

Sempre, pois, que o negócio jurídico resultar de um mútuo **consenso de um encontro de duas vontades**, estaremos diante de contrato. Essa constatação conduz à ilação de **que o contrato não se restringe ao direito das obrigações**, estendendo-se a outros ramos do direito privado (o casamento, p. ex., é contrato especial, um contrato de direito de família) e **também ao direito público (São em grandes números os contratos celebrados pela Administração Pública, com características próprias)**".(grifei).³⁹

Em suma, o contrato é definido como um acordo instituído entre duas ou mais pessoas com o intuito de estabelecer compromettimentos mútuos e gerar constituição, regularização ou extinção de um vínculo em uma relação jurídica patrimonial. Desta forma, o contrato administrativo é muito mais do que um simples acordo de vontades, posto que a Administração Pública quando atua como poder público, tem como princípio básico a perseguição do bem social. Em face disto, como já mencionado, existe a possibilidade de a Administração firmar dois tipos de contratos, os administrativos propriamente ditos, bem como contratos de natureza particular.

Contudo não são todos os contratos instituídos, pela Administração, em que ela aparece como poder público, como, por exemplo, quando é locatária de um imóvel, no qual, neste tipo de contrato, deverá existir igualdade entre as partes. Portanto, existe a possibilidade de a Administração firmar contratos que não os administrativos propriamente ditos, onde devem ser regido pelo direito público em razão de que, aqui, a Administração não deve possuir prerrogativas que a colocam em posição privilegiada em relação à outra parte.

³⁹ IBID. 38. p.22

Nesse viés, os contratos administrativos são, conforme ensina a professora de Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “os ajustes em que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.”.⁴⁰

Esse também é o entendimento de Hely Lopes Meirelles, considerado um dos principais doutrinadores do Direito Administrativo pátrio, sobre contrato administrativo, o qual o define como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições”.⁴¹

José Cretella Júnior também acredita que o contrato administrativo trata-se de um acordo de vontades, mas no qual “participa o Estado, submetido a regime jurídico de Direito Público, informado por princípios publicísticos e contendo cláusulas ‘exorbitantes’ e ‘derrogatórios’ do direito comum”.⁴²

Já o mestre em Direito do Estado pela UFRJ, José dos Santos Carvalho Filho, caracteriza contrato administrativo como sendo o “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo Direito Público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.⁴³

A própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos traz, no seu parágrafo único, art. 2, uma definição para contrato administrativo:

Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a

⁴⁰ Ibid. 9. p. 207.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo. Malheiros. 1999. p. 175.

⁴² JÚNIOR, José Cretella. Curso de direito administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense. 1997. p. 201.

⁴³ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 207.

estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”⁴⁴

Logo, percebe-se, que não é o objeto, muito menos a finalidade que estabelece se o contrato é de natureza propriamente administrativa ou privada, mas sim, o fato de a Administração Pública agir como poder público, com privilégios sobre o contratado.

Deste modo, o contrato administrativo propriamente dito é um ajuste de vontades, que faz regras entre as partes, regulado pelo direito público, tendo como uma das partes a Administração Pública, direta ou indireta e possui características próprias.

2.4 - CLÁUSULAS NECESSÁRIAS AO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O contrato administrativo “deve ser possível, lícito e suscetível de apreciação econômica”⁴⁵. Possível é aquele objeto capaz de ser realizado, não pode, por exemplo, a Administração contratar uma empresa para pintar a lua de vermelho, pois, mesmo diante de todo o avanço tecnológico deste século, seria impossível de realizado. Lícito é aquele objeto que não é contrário ao direito, além é claro de estar de acordo com os princípios da Administração Pública, enumerados no primeiro capítulo.

Em regra, os contratos administrativos, iniciam-se por um processo licitatório, sendo os casos de dispensa e/ou inexigibilidade expressamente previstos nos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/1993.

O processo licitatório, por sua vez, iniciasse pela abertura de um processo administrativo, com autorização da autoridade competente, fazendo as ressalvas e indicações que julgar necessárias, como objeto da

⁴⁴ Lei 8.666/1993.

⁴⁵ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo. 2003. P. 537.

licitação. Portanto, nestes casos, o processo administrativo vai vincular o processo licitatório e por consequência o contrato administrativo, art. 38.

O art. 55 da Lei de Licitações e Contrato Administrativos traz em seu inciso as cláusulas necessárias ao instrumento contratual.⁴⁶

2.4.1 - O OBJETO DO CONTRATO

O primeiro dos requisitos do art. 55 da Lei 8.666/1993, é o que estabelece que o instrumento contratual firmado pela Administração Pública deverá indicar de forma clara e concisa o bem jurídico objetivado pela Administração, ou seja, não pode a Administração formalizar contratos com objetivo inespecífico ou de impossível definição.

Além do objeto primário é claro, “o instrumento também deve definir, de modo preciso, as prestações que cada parte assume. Essa

⁴⁶ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII - os casos de rescisão;
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

§ 3º No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

definição está subordinar-se-á aos termos do ato convocatório e da proposta selecionada como a melhor”.⁴⁷

2.4.2 - REGIME DE EXECUÇÃO

A segunda exigência é que além de estabelecer o objeto mediato, o instrumento contratual também deve estabelecer a forma como as obrigações serão realizadas. Quando se fala em forma, está-se falando em condições, que as atribuições de cada um dos contratantes, ou seja, o objeto imediato.

2.4.3 - PREÇO E CONDIÇÕES DE PAGAMENTOS

A terceira imposição é a que indica a obrigação de existir expressamente de forma clara e precisa no instrumento contratual pactuado pela Administração a remuneração desprendida em função deste acordo.

Em outras palavras, deverá constar no acordo o valor que deverá pagar ao contratado e/ou os critérios que possibilitem apurar de forma precisa o numerário devido ao prestador/contratado.

2.4.4 - PRAZOS CONTRATUAIS

Outro pré-requisito é que o acordo formalizado pela a Administração contenha a presença dos prazos contratuais, quando se fala

⁴⁷ Ibid 36. p. 683.

em prazos não está falando-se somente em período de vigência contratual, mas também, prazo de execução dos trabalhos, garantia, prazos de entrega, de consumação, de observação e de entrega definitiva, lembrando que pode se tratar de uma obra ou serviço.

2.4.5 - ESPECIFICAÇÕES DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

O processo administrativo que autoriza a formalização de um contrato por parte da Administração Pública deve prever a fonte de recursos empregada no negócio jurídico, diferentemente não é no contrato que deve indicar de onde vêm os recursos que custearão as despesas referentes a este contrato.

Tal requisito se coaduna perfeitamente com os princípios da publicidade, da supremacia do interesse público e da publicidade. O instrumento contratual Quando mais de deve indicar os consórcios

2.4.6 - DIREITOS E DEVERES DAS PARTES

Os contratos administrativos têm como partes, de um lado, a Administração Pública, de outro, o contratado, que pode ser pessoa natural ou jurídica, pública ou privada.

É dever da Administração Pública, fazer que contenham os contratos administrativo todas as obrigações atribuição das partes, isto porque, o contrato estabelece um *pacta sunt servanda* entre as partes, princípio no qual o contrato obriga as partes nos limites da lei. Logo, se a obrigação não estiver presente no instrumento contratual, ela não possuirá força vinculante entre as partes.

2.4.7 - CASOS DE RESCISÃO

A Lei 8.666/1993 traz em seu texto algumas hipóteses de rescisão do contrato administrativo. Todavia, aquelas hipóteses são meramente enunciativas, permitindo ao administrador que, defronte a um caso concreto, estabeleça cláusula de rescisão diferente daquelas enunciadas art. 78, desde que respeitado os princípios da Administração Pública.

Isto porque, como já mencionado, os contratos possuem força vinculante entre as partes, impondo a observância de todas as obrigações pactuadas pelas partes contratantes, sob pena de a parte inadimplente responder com seu patrimônio pelo prejuízo que a outra sofrer.

2.4.8 - PENALIDADES

As penalidades ao contratado que inadimplir o contrato pactuado também devem estar presentes no contrato, sua previsão legal está no art. 87 da Lei 8.666/1993⁴⁸.

⁴⁸ Lei 8.666/1993 – Regulamenta as Licitações e os Contrato Administrativo. Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1o Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2o As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3o A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)

A Aplicação de uma ou mais sanções do em cima citado art. não impede que a Administração faça o requerimento de indenização por perdas e danos causados em função do inadimplemento do contratado.

Já em caso de descumprimento do contrato por parte da Administração, em regra o particular tem direito a ser ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido.

2.4.9 - VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO

Obviamente, como já elucidado a Administração está adstrita ao que o ato convocatório estabelecer, podemos verificar essa orientação no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”. Portanto, qualquer item que for contrário ao que preconizava o certame será eivado de ilegalidade.

2.4.10 - REQUISITOS E EXIGÊNCIA DA HABILITAÇÃO

É de salutar importância que conte a previsão expressa no acordo firmado que o contratado mantenha, ***durante*** o período de ***vigência do contrato***, em compatibilidade com as regras e exigências do edital.

Por exemplo, a Lei 8.666/1993 traz em seu art. 29 a obrigatoriedade por parte do licitante, para habilitação no certame que ele traga prova de regularidade relativa com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, a Seguridade Social, Fundo de

Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a Justiça do Trabalho. É dever de o Contratado manter-se com as CND's em dia não somente na habilitação, mas também durante toda a vigência do contrato, sob pena de suspensão do contrato ou até mesmo rescisão.

2.4.11 - ELEIÇÃO DO FORO

O acordo firmado com Administração sempre deve prever o como foro competente para dirimir qualquer questão referente ao contrato o da unidade administrativa que está celebrando, isto vai de encontro ao que preconiza os princípios da eficiência e economia. Vale lembrar que nem sempre essa eleição de foro, terá força vinculante ao contratado, pois, existem alguns casos em que a Lei, reconhecendo a hipossuficiência do contratado, permite lhe eleger o foro que lhe seja mais conveniente para litigar contra a Administração.

2.5 - OBRIGATORIEDADE DA PRESENÇA DAS CLÁUSULAS.

Embora o art. 55 da Lei de licitações é contratos administrativos coloque que as cláusulas de seus incisos como obrigatórias, na verdade somente algumas delas podem anular o instrumento firmado,

Marçal Justen Filho ao comentar sobre o tema chega a conclusão que somente são obrigatórias “as disposições dos incisos I,II,III IV e VII. As demais ou são dispensáveis ou são facultativas.”⁴⁹

⁴⁹ Ibid. 36. p. 690.

2.6 - CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Preliminarmente é possível afirmar que “Todo contrato – privado ou público – é dominado por dois princípios: o da Lei entre as partes (*Lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pactum sunt servanda*)”.⁵⁰ Entretanto, a Administração está limitada aos desígnios da Lei e que em função de tutelar, o interesse público, possui prerrogativas que o colocam em posição privilegiada, com relação ao contratado, em alguns contratos.

2.6.1 - A PRESENÇA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER PÚBLICO

A primeira grande característica é a presença da Administração Pública, de forma direta ou indireta, agindo como poder público. Todos os outros atributos do contrato administrativo estão vinculados a esta.

Dado em função de tutelar o interesse público, a Administração Pública estará em posição privilegiada em relação à outra parte do acordo, possuindo prerrogativas incomuns que lhe permitem prestar e dar continuidade aos serviços públicos atingindo/encaixando o bem da coletividade.

Ao comentar sobre o tema, Di Pietro, esclareceu:

A Administração aparecerá com uma série de prerrogativas que garantem a sua posição de supremacia sobre o particular; elas vêm expressas precisamente por meio das chamadas **cláusulas exorbitante** ou de **privilégio** ou de **prerrogativas**.⁵¹

⁵⁰ Ibid. 41. p. 217.

⁵¹ Ibid. 9. p. 216.

2.6.2 - FINALIDADE PÚBLICA

A Administração precisará sempre sobrepor o interesse coletivo ao individual, desta forma, a elaboração do contrato administrativo, objetiva a continuidade da perseguição ao interesse público. Este princípio deverá estar presente em todos os atos e contratos realizados pela Administração Pública, mesmo naqueles dirigidos pelo direito privado. Mesmo que, em algumas vezes, somente o particular se utilize desse interesse coletivo, “como no caso de concessão de uso de sepultura, mas indiretamente, é sempre o bem público que a Administração tem em mente, sob pena de desvio de poder” ⁵².

2.6.3 - OBEDIÊNCIA À FORMA PRESCRITA EM LEI

O Legislador editou a Lei 8.666/1993, estabelecendo uma série de requisitos formais **à realização** do contrato administrativo, **tornando** essencial que o administrador, além de se preocupar com a legalidade também se preocupe com a forma que confecciona o contrato.

Os instrumentos firmados pela Administração Pública, por regra, devem ser:

- A) Reduzidos a termo, sendo o contrato verbal uma exceção.
- B) “Lavrados nas repartições interessadas”. ⁵³
- C) Ter seu extrato, resumidamente, publicado dentro do prazo de 20 dias da data de sua assinatura.

⁵² Ibid. 9. p. 265.

⁵³ Lei 8.666/1993.

D) Possuir as cláusulas necessárias previstas no Art. 55 da Lei reguladora.

E) Firmados por tempo determinado, não superior a 60 meses.

Inúmeras outras sujeições podem ser encontradas na Lei 8.666/1993, todas devem ser observadas, sob a pena de nulidade do instrumento firmado pela Administração e responsabilização do administrador por eventuais prejuízos causado a coletividade.

2.6.4 - PROCEDIMENTO LEGAL

Além de o administrador perseguir o interesse público, também tem de se atentar ao procedimento pelo qual firma o ajuste, a Lei 8.666/1993 estabelece alguns procedimentos em que a Administração deve efetuar para elaboração do contrato “compreendendo medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.”⁵⁴

2.6.5 - NATUREZA JURÍDICA DE CONTRATO DE ADESÃO

O contrato administrativo propriamente dito tem todas as suas cláusulas fixadas unilateralmente pela Administração Pública, o papel do solicitante é, único e exclusivo, de aceitar as condições pré-estabelecidas pela a Administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, leciona:

⁵⁴ Ibid. 9. p. 269.

(...) costuma-se dizer 'o poder público faz uma oferta a todos os interessados, através do instrumento convocatório da licitação, fixando as condições em que pretende contratar. Tal apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração. Essa idéia se confirma com a idéia do art. 40, §2º da Lei 8.666/93, segundo a qual, dentre os anexos do edital da licitação, deve constar necessariamente, 'a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor', com isto, fica a minuta do contrato sujeita ao princípio da vinculação ao edital.⁵⁵

Importante frisar que mesmo sem o processo licitatório, o contrato administrativo tem suas cláusulas definidas unilateralmente pela Administração Pública.

2.6.6 - NATUREZA *INTUITU PERSONAE*

Todo contrato administrativo propriamente dito é celebrado pelas características pessoais relevantes do contratado, *intuitu personae*, ou seja, ele deve ser executado pelo contratado, sendo vedada subcontratação ou sub-rogação. Esta característica coaduna-se como o princípio da eficiência administrativa.

2.6.7 - CLÁUSULAS EXORBITANTES

A Administração Pública, quando efetua o contrato, está tutelando o interesse da coletividade e, por esse motivo, possui algumas cláusulas que a colocam em posição privilegiada em relação ao contratado.

Examinando o tema, Hely Lopes Meirelles (2007, p. 203) anotou:

⁵⁵ Ibid. 9. p. 270.

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. É portanto a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam *la marque du Droit Public*, pois, como observa Laubadère: “C’est en effet la présence de Telles clauses dans un contrat que est le critère par excellence son caractère administratif.”⁵⁶

Pode-se citar como uma das principais cláusulas exorbitantes, a faculdade de alteração unilateral do contrato por parte da Administração, uma vez que nesta competência os contratos poderão ser alterados unilateralmente com as devidas justificativas, restringindo-se ao objeto e às cláusulas regulamentares.

2.6.8 - ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A previsão de alteração unilateral dos contratos administrativo está no § 1 do art. 58 da Lei 8.666/1993, permitindo à Administração Pública adequar o instrumento firmado ao interesse público tutelado, porém sempre observando o equilíbrio econômico financeiro da relação contratual pré-existente. Mesmo que essa possibilidade não esteja prevista expressamente no instrumento contratual pactuado, é um poder da Administração, sendo uma disposição inerente aos contratos administrativos.

2.6.9 - MUTABILIDADE

⁵⁶ Ibid. 7. p. 219.

Decorre diretamente da cláusula exorbitante presente no contrato administrativo, onde permite que a Administração Pública possa alterar unilateralmente o contrato em determinados casos.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz:

Nos contratos administrativos e nos contratos em geral de que participa a Administração. Não existe a mesma autonomia da vontade do lado da Administração Pública, ela tem que buscar sempre que possível a equivalência material, já que não tem a livre disponibilidade do interesse público. Além disso, é mais difícil fazer, no momento do contrato, uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos públicos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão-de-obra especializada, a complexidade da execução etc. o próprio interesse público que à Administração compete defender não é estável, exigindo eventuais alterações do contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução.⁵⁷

Tudo isso faz com que se mantenha o equilíbrio do contrato administrativo de uma forma mais dinâmica. Entretanto, embora seja muito importante a formalização dos contratos administrativos, nosso foco aqui é a rescisão do contrato administrativo, disciplinada pelos artigos 78 e 79 da lei 8.666/93.

Portanto, a administração quando firma o contrato administrativo, está realizando um ato vinculado, ou seja, que possui uma serie de requisitos determinados pela Lei 8666/1993. Qualquer inobservância desses requisitos resultará em ilegalidade do ato.

⁵⁷ Ibid. 9. p. 280.

3. RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

3.1 - FORMAS DE RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Conforme referido no Art. 79 da lei 8.666/1993, a rescisão do contrato administrativo pode ocorrer de três formas diferentes: unilateral, amigável e judicial.

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;⁵⁸

A rescisão de forma amigável é aquela em que a Administração e o contratado chegam a um acordo, firmando, então, o distrato contratual, que só poderá ser formalizado quando houver conveniência para Administração. Muitas vezes se dá, porque, a mesma chega à conclusão de que, por melhor que seja cumprido o contrato consolidado com o particular, este não vai alcançar o fim desejado, mas obviamente o contratado tem que consentir com essa rescisão.

Podem ocorrer nos casos previstos nos incisos XIII ao XVI, do art. 78, da lei 8.666/1993:

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1o do art. 65 desta Lei.

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo

⁵⁸ LEI 8.666/1993.

em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;⁵⁹

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto”⁶⁰

Já a rescisão judicial, também cabível nos incisos supracitados, dá-se em virtude de inadimplemento do contrato por parte da Administração Pública, quando o contratado busca socorro no poder judiciário para ver-se livre do acordo não cumprido por parte da Administração Pública.

Agora, a rescisão por ato próprio e unilateral da Administração Pública, o qual é objeto deste trabalho, só é possível em caso de descumprimento por parte do contratado ou por motivos de interesse público, descrita nas hipóteses previstas nos incisos I a XII e XVII do at. 78 da lei 8.666/1993.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece sobre este assunto:

A rescisão unilateral ou rescisão administrativa, que veremos com mais vagar no item IV, pode ocorrer tanto por inadimplência do contratante como por interesse público na cessação da normal execução do contrato, mas em ambos os casos exige-se justa causa para o rompimento do ajuste, pois não é ato discricionário, mas vinculado aos motivos que a norma ou cláusulas contratuais consignam como ensejadores desse excepcional distrato.⁶¹

⁵⁹ LEI 8.666/1993

⁶⁰ LEI 8.666/1993

⁶¹ Ibid. 9. p. 290.

Nos incisos I ao XI do artigo 78, da Lei 8.666/1993, estão previstas as hipóteses de rescisão por ato próprio e unilateral da Administração, motivos quais são atribuíveis ao contratado.

1) Rescisão por inadimplência contratual do contratado:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato.⁶²

2) Rescisão Motivada no interesse **público**:

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade

⁶² Lei 8.666/1993

da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;⁶³

Contudo, o contrato administrativo, trata-se de um direito adquirido pelo contratado e, por isso, fica inadmissível a rescisão imotivada por parte da Administração, devido a Constituição Federal preservar os atos perfeitos, por intermédio, segurança jurídica.

Como já mencionado no segundo capítulo, nada impede que a Administração, no momento em que elabora o instrumento contratual, estabeleça outros motivos para rescisão do contrato, diante de cada caso concreto.

3.2 - A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM INDENIZAR

A Administração Pública quando causa dano moral ou patrimonial a terceiros é obrigada a restituí-lo ao *status quo ante*. A Lei 8.666/1993, por sua vez, estabelece que quando a Administração rescinde contratos, unilateralmente, motivada no interesse público, sem que haja culpa do contratado tem o dever de indeniza-lo, isso é o que estabelece o §2 do Art. 79 da Lei 8.666/1993.

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

[...]

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

⁶³ Lei 8.666/1993

III - pagamento do custo da desmobilização.⁶⁴

Percebe-se, claramente, que o dever de ressarcir o particular não é uma discricionariedade do administrador, mas sim uma obrigação inerente ao seu direito alcançado. Apesar disso, dependendo da forma como ocorre a rescisão contratual, a obrigação de indenizar da Administração pode ser contratual ou extracontratual.

A responsabilidade contratual é aquela que deriva da inexecução de um contrato firmado entre as partes, isto é, um dos contratantes não consegue adimplir com as avenças acertadas. Extrai-se, portanto, que o não cumprimento do acordo por um dos contratantes gerará à outra parte um direito a indenização.

Com efeito, a responsabilidade contratual tem como princípio basilar: o resultado, que, desta forma, acarreta-se na presunção de culpa pela inexecução do acordo anteriormente avençado. Por exemplo: hipoteticamente, uma empresa qualquer, designada A, firma um contrato com B, tendo como objetivo a entrega de uma casa em 90 dias. Se, no caso, ela não cumprir o que fora acordado entre ambos, a mesma estará sujeita a ressarcir B pelos prejuízos que o seu atraso causar.

Frisa-se, então, que a culpabilidade aqui é presumida, sendo de competência de B provar a superveniência de alguém, em caso de excludente de responsabilidade.

Já na responsabilidade extracontratual, também conhecida como *aquiliana*, não existe nenhum vínculo contratual entre o agente do ato e a vítima, é na verdade, quando o agente infringe um dever legal.

Sobre as diferenças entre a responsabilidade contratual e extracontratual, Gonçalves teceu o seguinte comentário:

⁶⁴ Lei 8.666/1993

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.⁶⁵

O próprio Código Civil regulamenta as espécies de responsabilidade em artigos diferentes. Onde a responsabilidade extracontratual está prevista nos artigos 186 a 188 e 927 e a contratual está contida nos artigos 389 e 395.

Extracontratual:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁶⁶

Contratual:

⁶⁵ GONÇALVES. Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 13. ed. Editora Saraiva. 2011. p. 58

⁶⁶ Código Civil de 2002

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.⁶⁷

A Administração quando rompe um contrato pode estar diante das duas espécies de responsabilidade civil.

Quando a Administração rompe o contrato administrativo motivada no interesse público, sem que haja, realmente, interesse público que enseje aquela rescisão, comete o administrador, a verdadeira ilegalidade. Por consequência, ao causar dano a outrem, em ato contrário a Lei (responsabilidade extracontratual), a Administração responde objetivamente pelos detrimientos que ocasionar. É o que preconiza o art. 37, § 6º da CF.

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.⁶⁸

A responsabilidade objetiva é aquela que prescinde de culpa, no qual há o dever de indenizar somente quando houver algum dano coerente à causa entre o ato praticado e o dano.

Com relação a contratual, a responsabilidade de indenizar o contratado, decorre do não cumprimento por parte da Administração de um contrato firmado. Temos como exemplo o processo que o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial move contra o município de Brusque:

⁶⁷ Código Civil de 2002

⁶⁸ CFRFB de 1988

Em 2004, o Município de Brusque acordou contrato de comodato com o SENAC, versando sobre o imóvel localizado no Loteamento Jardim Maluche (quadra número 62). Este negócio jurídico restou celebrado por prazo determinado, **possuindo termo final em 29 de março de 2020.**

Sem nenhuma explicação ou motivo plausível, ferindo o princípio da impessoalidade e da moralidade administrativa, o Prefeito Paulo Roberto Eccel decidiu romper o contrato de comodato que o Município de Brusque mantém com SENAC, **notificando o comodatário para desocupar o imóvel em 31 de dezembro de 2012.**

Ocorre, Excelência, que durante a permanência no imóvel o autor sempre realizou inúmeras benfeitorias no mesmo. Destacam-se entre elas, reforma realizada pela empresa CONEMBRA em 2004 no valor de R\$ 93.668,68 (noventa e três mil seiscentos e sessenta e oito reais e sessenta e oito centavos), a troca da cobertura eternite, e manutenção da parte elétrica e hidráulica em novembro de 2006, lâmpadas em dezembro do mesmo ano.⁶⁹

Como vimos no caso em tela o contratado, ao firmar contrato com Administração, recebeu um imóvel em comodato pelo prazo de 16 anos. Todavia, no decorrer do contrato a Administração rompe-o, motivada no interesse público.

Ocorre que, mesmo a rescisão não sendo eivada de nenhuma ilegalidade, o contratado, tem o direito a uma indenização, uma vez que, a Administração não está cumprindo com o anteriormente acordado.

Ressalta-se que em ambos os casos de responsabilidade civil a culpa não terá papel de destaque, em vista que, na primeira hipótese (extracontratual) ela é desconsiderada e na segunda hipótese (Contratual) ela é presumida, cabendo à Administração provar a incidência de um dos casos de exclusão de responsabilidade (inversão do ônus da prova).

Quanto à quais danos devem ser indenizados, a lei 8.666/1993 estabelece que sejam ressarcidos todos os que o contratado conseguir comprovar. Estão englobados os danos patrimoniais, lucros cessantes ou qualquer outra modalidade de lesão que o contratado consiga comprovar.

⁶⁹ Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Ação nº 011.13.500005-0, correndo perante a Vara da Fazenda na Comarca de Brusque – SC, visualizado em 07.06.2013.

3.3 - CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

A problemática insere-se exatamente neste ponto, o Legislador no momento em que editou o inciso XII, do art. 78, Lei 8.666/93, colocou o interesse público como uma das causas da rescisão por ato próprio e unilateral do contrato administrativo, por parte da Administração. No entanto, não forneceu qualquer definição à expressão “interesse público”, deixando um campo em aberto para que os administradores rescindissem os contratos a sua boa vontade. Como descrito no caso abaixo:

Na espécie, a rescisão contratual operada pelo Poder Público, não era ato discricionário, mas sim vinculado a dois possíveis motivos: inadimplência e interesse público. Assim, é certo que a hipótese não foi de inadimplência, uma vez que o próprio Prefeito, quando inquirido às fls. 126, disse que a autora exerceu seu múnus com dedicação, presteza e zelo, em outras palavras. **De igual sorte, evidentemente que a rescisão não foi motivada pelo interesse público. Novamente escudado nas próprias declarações do alcaide municipal, não é difícil concluir que a razão, ou seja, o motivo da rescisão deu-se por divergências políticas entre o partido da autora e o do Prefeito**, os quais, até então compunham a coligação que governava Campos Novos. Os serviços da autora eram técnicos e não políticos. Apenas motivos de ordem técnica ou necessidade de ordem pública poderiam ter ditado a rescisão. E, data vênua, divergências políticas estão longe de constituírem-se em motivo de interesse público, para rescisão de contrato de prestação de serviço técnico.⁷⁰

A Rescisão do Contrato Administrativo, motivada no interesse público, prevista no art. 78, inciso XII, da Lei 8.666/1993, é um conceito jurídico indeterminado no ordenamento pátrio, que, consequência, acabou por abrir um espaço para indefinições pelo aplicador do direito.

A possibilidade de rescisão do contrato administrativo unilateral por motivo de interesse público de alto relevância e amplo conhecimento, como já dito, na verdade, é um "conceito jurídico indeterminado", ou seja, permite uma interpretação a partir dos elementos de cada caso concreto. Isto porque, o legislador, no momento da elaboração da

⁷⁰ TJSC - Apelação Cível n. 2003.016652-1, de Campos Novos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 04-05-2004.

norma, preferiu não limitar as possibilidades enfrentadas pelo aplicador da mesma.

Obviamente, se o legislador agisse de forma diferente, enumerando as possibilidades de rescisões unilaterais motivadas no interesse público, certamente não conseguiria enquadrar todos os casos concretos enfrentados pelo o aplicador da Lei, *in caso*, a Administração Pública, e, desta forma, o interesse coletivo, objetivo mor da Administração, estaria em risco.

Deve-se lembrar de que o ordenamento jurídico positivo possui um duplo viés normativo, pois ao mesmo tempo em que é estabelecido o que a Administração Pública deve fazer, também é imposto limites ao que o administrador pode realizar. Com isto, no momento em que a norma transcende-se à esfera da concepção para a prática, exatamente no momento de sua aplicação pelo Administrador, estaria este engessado, sendo então obrigado a cumprir contratos, que por melhor que fossem executados, não seriam vantajosos à coletividade.

O Legislador, ao perceber isso, passa a legislar a partir de expressões vagas, permitindo uma interpretação por parte do aplicador do Direito, sendo este o responsável, na realização dos seus atos, pelo enquadramento do caso concreto a norma.

Não se esta falando aqui de aplicação da norma por analogia, costumes ou os princípios gerais de direito, como prevê a Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiras (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Trata-se de uma técnica utilizada pelo legislador, que permite ao administrador ter uma maior maleabilidade na aplicação da lei, por isso só fornece algumas indicações genéricas, assim segue somente orientando o aplicador da norma.

Acredito que a tendência de legislar através de conceitos jurídicos indeterminados iniciou-se no final do século XIX, na Europa. Hoje

esta aptidão está espalhada pelo mundo e consta vigente em todos os ramos do Direito. São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados as expressões "boa fé", "*fumus boni iuris*", "interesse público" e dentre outras presentes no ordenamento pátrio.

Quando o Legislador colocou o interesse público como uma das causas para rescisão do contrato administrativo, fê-la pensando no princípio da supremacia do interesse público, evitando que a Administração Pública fosse obrigada a cumprir um contrato que não traria nenhum benefício à coletividade. Entretanto, jamais poderá esquecer-se do princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual obriga o administrador à sempre que verificar que o contrato não atende mais os anseios da coletividade, rescindi-los.

3.4 - OUTROS REQUISITOS NECESSÁRIOS A RESCISÃO

Pelo disposto no inciso XII do art. 78 da Lei 8.666/1993, além da presença do interesse público, existem outros requisitos que ensejam a rescisão do contrato administrativo unilateralmente por parte da Administração Pública; é necessária, a presença da alta relevância e de amplo conhecimento do fato. Oras, aqui parece que o Legislador caminhou mal, posto que, o interesse público sempre será de superior relevância para a Administração, já o critério de amplo conhecimento coaduna-se com a necessidade da Administração em realizar uma Administração limpa clara, onde todos os geridos possam ter acesso aos atos realizado pela a Administração.

Além dos critérios expressos no supracitado artigo, ainda será preciso que a Administração realize um processo administrativo, onde deverá observar, obrigatoriamente, no contrato, o Direito constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Tais princípios estão previstos constitucionalmente no art. 5º,

LV:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...).⁷¹

O contraditório está intimamente ligado ao direito de defesa, pois, quando uma das partes traz alguma prova ou argumentação nova aos autos, deve-se oportunizar a outra parte manifestar-se sobre a alegação.

Com relação à ampla defesa, entende-se como a possibilidade de a outra parte defender-se de forma eficiente, nas hipóteses em tela, proporcionando ao contratado o direito de provar que o contrato possui sim interesse público.

Aliás, não é isto que se verifica em diversos casos espalhados pela jurisprudência pátria, uma vez que se encontra um cenário no qual o administrador rescinde contratos administrativos unilateralmente utilizando-se da indefinição do conceito jurídico "Interesse Público" e, de qualquer forma, onerando ainda mais os cofres públicos.

Além disso, é primordial ter em mente, que os atos do administrador dividem-se, dentre outros aspectos, em vinculados e discricionários. Vinculados são aqueles onde não há liberdade ao administrador, já que sua ação fica adstrita ao ordenamento normativo, cujos requisitos devem obedecer. Discricionários são os atos, que ao contrário dos vinculados, determinam que a Administração possa praticar com liberdade de escolha, sem ter sua decisão ditada por determinação legal.

⁷¹ Constituição Federal da República Federativa do Brasil do ano de 1988

A falta de qualquer um desses requisitos acaba por ensejar a responsabilidade civil extracontratual da Administração de forma objetiva, pois estaríamos diante de uma ilegalidade.

Muito valioso à discussão é o voto de vista do Ministro Luiz Fux:

VOTO-VISTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. ART. 4.º, § 3.º, DA LEI N.º 8.437/92. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS (PROCESSAMENTO DE FOLHA DE PAGAMENTO).

RESCISÃO CONTRATUAL. INTERESSE PÚBLICO. ART. 78, XII, DA LEI N.º 8.666/93. INAPLICABILIDADE.

1. O contrato administrativo procedido de processo licitatório regular tem a sua proteção na manutenção de sua inteireza, vedada a alegação rasa de interesse público ou conveniência que não sejam de alta relevância.

2. É que no atual estágio do Estado Democrático de direito, manifestações vazias equivalem ao arbítrio. Nesse seguimento, o inciso XII, do artigo 78, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, dispõe que, verbis :

"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

[...]"

3. Deveras, a própria lei nova respeita o ato perfeito e o direito adquirido, o mesmo sucedendo com a eventual revogação do contrato administrativo por mera conveniência ou suposto interesse público, caracterizando-se o mesmo por séria lesão ao erário.

4. É que a própria Excelsa Corte vaticina no verbete sumular n.º 473 que: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

5. In casu, o ora agravante, por decorrência de procedimento licitatório regular, celebrou contrato com o Município de Novo Hamburgo para a prestação de serviços bancários de natureza comum (processamento de folha de pagamento) no período entre março de 2007 e março de 2012 (60 meses). Para tanto, pagou importância que corresponde hoje a R\$ 8.595.193,24 (oito milhões quinhentos e noventa e cinco mil cento e noventa e três reais e vinte e quatro centavos); é dizer, R\$ 143.253,22 (cento e quarenta e três mil duzentos e cinquenta e três reais e vinte e dois centavos) por mês. Em julho de 2009, fundando-se na hipótese legal de rescisão por razões de interesse público, o Município de Novo Hamburgo pôs fim à relação jurídica, vindo a contratar sem licitação para os mesmos serviços a Caixa Econômica Federal - CEF, recebendo, para tanto, R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais), equivalente a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) por mês.

6. Consequentemente, além de não engendrado o novo vínculo mediante licitação, não há manifesta lesão ao erário, por isso que assiste razão ao agravante quando sustenta que, em razão da data pretérita do vínculo espuriamente desfeito, a decisão agravada ignorou que, comparando o valor remanescente do contrato firmado com o Banco Santander (R\$ 4.871.659,70 - referente a 31 meses), e o valor oferecido pela CEF (R\$ 7.500.000,00 - por um período de 60 meses), verifica-se que invocado "interesse público" que se pretende resguardar diz respeito a trocar um valor de R\$ 143 mil reais por R\$ 125 mil reais por mês de contrato.

7. A ausência de razão de interesse público de alta relevância e amplo conhecimento retira a legitimidade da rescisão ex abrupto, mercê da existência das denominadas cláusulas exorbitantes dos vínculos administrativos, hodiernamente mitigadas pelos princípios norteadores do novel Estado de Direito democrático.

8. O oferecimento superveniente de supostas vantagens sobre o preço do licitante vitorioso não pode servir de embasamento para romper o contrato administrativo, tampouco encerra a contrario sensu sério prejuízo ao erário.

9. Agravo regimental provido.⁷²

Importante salientar que mesmo estando diante de um conceito jurídico indeterminado, a rescisão do contrato administrativo, por ato unilateral, trata-se de um ato vinculado do administrador, ou seja, para que um contrato administrativo seja rescindido unilateralmente por parte da Administração, por motivos de interesse público, mesmo o contratado executando o contrato da melhor forma possível, ele não atenderá nenhum anseio da coletividade.

⁷² STJ - AgRg na SLS: 1083 RS 2009/0146705-6, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 29/06/2010, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 10/02/2011.

3.5 - SEGURANÇA JURIDICA

A Administração, ao firmar um contrato com o contratado, estabelece com este uma relação estável, em razão de que todos os contratos, sejam eles geridos pelo Direito Público ou pelo Privado, possuem dois princípios basilares: o da Lei entre as partes, e; o da observância do pactuado no instrumento contratual.

A segurança jurídica serve para que o contratado não vire refém do administrador, isto se refere ao Princípio Constitucional, inserido no ordenamento pátrio por intermédio do inciso XXXVI, art. 5 CF.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;⁷³

Este princípio foi inserido no ordenamento pátrio, dado que a insegurança jurídica já foi um dos grandes problemas brasileiros, onde os governantes mudavam os entendimentos sobre a norma “do dia para noite”.

A respeito deste assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explicita:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera inseguranças jurídicas, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação

⁷³ CFRFB de 1988

será possível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra veda a aplicação retroativa.⁷⁴

Em suma, o princípio da segurança jurídica impede que a Administração Pública altere os feitos de um ato jurídico perfeito, garantindo assim, uma maior estabilidade aos indivíduos. Assim sendo, a Lei nova não deve atingir ato jurídico perfeito já efetivado, visto o que introduz o inciso XIII, art. 2 da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo).

XIII: Interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.⁷⁵

Ocorre então, que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos proporciona à Administração a rever o seu posicionamento, rescindindo contratos administrativos (atos jurídicos perfeitos) que ela antes considerava atender os anseios da coletividade. Seria desta forma, tal dispositivo inconstitucional?

Acreditamos que não, pois a Lei não permite à Administração simplesmente fazer um juízo do interesse público e sair rescindindo contratos de qualquer forma, mas sim, diante de uma situação que no curso da execução do contrato a situação fática tenha mudado.

Deve-se ter certo cuidado ao aplicar esse princípio, pois ele veda que a Administração mude de interpretação, de modo a atingir ato perfeito já realizado, mas não impede que ela anule um ato eivado por vício ou que não atenda o interesse público.

Junto ao Princípio da segurança jurídica tem-se o princípio da boa-fé, preconizando à Administração executar os seus atos com previsibilidade e respeitar as situações já existentes, atuando sempre com lealdade, transparência e coerência, observando a palavra empenhada.

⁷⁴ Ibid. p. 85.

⁷⁵ LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999.

Na rescisão unilateral do contrato administrativo, em quaisquer casos, seja por inadimplemento ou interesse público, terá o administrador que se justificar do por que daquele ato, trazendo ao processo administrativo os fundamentos de fato e de direito, bem como uma conexão entre eles, que, por isso, deverão dar respaldo suficiente para a prática da rescisão em questão.

Importante salientar ainda, que sempre quando a Administração Pública rescindir, por ato próprio e unilateralmente, o contrato administrativo, exige-se a observação do artigo 5º, LV da CF, o qual impõe, no âmbito dos processos administrativos, o contraditório e a ampla defesa. Motivo qual, por ser ato vinculado, essa rescisão é passível de ataque pelo interessado que não concorde com a decisão do administrador público, perante pena de ilegalidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina já se manifestou neste sentido:

ADMINISTRATIVO - RECURSO INTEMPESTIVO - NÃO CONHECIMENTO - REEXAME NECESSÁRIO - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - MUNICÍPIO - RESCISÃO POR ATO UNILATERAL DA ADMINISTRAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - ILEGALIDADE - LUCROS CESSANTES - INDENIZAÇÃO - CABIMENTO 1. É intempestivo o recurso de apelação interposto pelo Município após o prazo de trinta dias contados da intimação pessoal do seu patrono. 2. (Lei n. 8.666/93, art. 78, inc. XII e parágrafo único). O contratado, nos casos de rescisão por ato unilateral da Administração, deve ser ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver A rescisão de contrato de serviço público por ato unilateral da Administração, sem culpa do contratado, deve se fundar em processo administrativo no qual se demonstre que a medida é de interesse público, assegurados o contraditório e a ampla defesa sofrido (Lei n. 8.666/93, art. 79, § 2º), nestes incluídos os gastos com a desmobilização e os lucros cessantes.⁷⁶

ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO - INTEMPESTIVIDADE AFASTADA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - MUNICÍPIO - COBRANÇA - VERBA DEVIDA - RESCISÃO POR ATO UNILATERAL DA ADMINISTRAÇÃO - GASTOS COM DESMOBILIZAÇÃO - LUCROS CESSANTES - INDENIZAÇÃO - ULTERIOR LIQUIDACÃO - RECURSO PROVIDO 1. Não é intempestivo o reclamo protocolado

⁷⁶ (TJSC - Apelação Cível n. 2003.016652-1, de Campos Novos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 04-05-2004)).

dentro do prazo para contra-arrazoar a apelação interposta pela parte contrária, porque pode ser conhecido como recurso adesivo, nos termos do art. 500, inc. I, do Código de Processo Civil. 2. Comprovada a prestação de serviços para a municipalidade, o Ente Público tem obrigação de pagar o valor a ela correspondente. Eventual irregularidade administrativa no negócio não elide o pagamento se não há indícios de que o contratado agiu de má-fé. 3. A rescisão de contrato de serviço público por ato unilateral da Administração, sem culpa do contratado, deve se fundar em processo administrativo no qual se demonstre que a medida é de interesse público, assegurados o contraditório e a ampla defesa (Lei n. 8.666/93, art. 78, inc. XII e parágrafo único). O contratado, nos casos de rescisão por ato unilateral da Administração, deve ser ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido (Lei n. 8.666/93, art. 79, § 2º), nestes incluídos os gastos com a desmobilização e os lucros cessantes.⁷⁷.

Consequentemente, diante da falta de conceituação do que é interesse público, o administrador público vem pondo fim aos contratos celebrados pela Administração a sua boa vontade. Porém, o contrato administrativo está protegido pelo princípio da boa-fé e da segurança jurídica. Para que sua rescisão ocorra é necessária à superveniência de uma das hipóteses do art. 78 da Lei 8.666/1993, além do processo administrativo, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

Nesses casos, a falta de qualquer um dos requisitos obriga à Administração a responder objetivamente pelo dano causado a terceiros, motivo o qual estamos diante de verdadeiras ilegalidades. Mesmo quando não eivados de ilegalidade, ainda assim, pode existir o dever de indenizar à Administração.

CONCLUSÃO

Conforme exposto neste trabalho, desde o surgimento do Estado, primeiramente absolutista e, após mais liberal, as relações entre Administração Pública – Indivíduo, sofreram grandes modificações.

⁷⁷ TJSC, Apelação Cível n. 2003.000704-0, de Palmitos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 05-05-2003.

Anteriormente, o indivíduo era tratado meramente como um súdito que sempre estava à disposição do Estado, podendo inclusive, dispor sobre a sua vida e seu patrimônio.

Na passagem para o Estado Liberal, após a revolução Francesa, o indivíduo passa a possuir direitos e deveres para com Estado. Entretanto com esta modificação, foi preciso criar um novo ramo do Direito para regular as relações que envolvessem o Estado, e, então, regular o seu funcionamento. Surge desta forma, o Direito Administrativo.

Como toda ciência, o Direito Administrativo necessita de princípios basilares para orientarem o desenvolvimento do Estado e da Administração Pública. Depois de muito se discutir, na doutrina, chegou-se à conclusão de que o Estado somente surgiu para perseguir o bem da coletividade. Por consequência disto, os princípios que basilares do direito administrativo deveriam ser: a) Supremacia do Interesse público sobre o privado e; b) A indisponibilidade do interesse público.

Com isso, todos os outros princípios inerentes à Administração Pública e ao direito administrativo derivariam desses dois conceitos.

Hoje, no ordenamento positivo vigente, pode-se verificar uma série de outros princípios que possuem alguma relação com os axiomas primários da Administração Pública.

Citam-se ainda os princípios da presunção de legitimidade dos seus atos, da especialidade, do controle ou tutela, da autotutela, da hierarquia, da publicidade, da moralidade administrativa, da razoabilidade e proporcionalidade, da motivação e da eficiência. Deste modo, todos esses princípios de alguma forma foram derivados dos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Importante também salientar que qualquer ato contrário aos supracitados princípios será considerado ilegal, pois não encaixará o bem da coletividade.

A Administração Pública, para atingir seus objetivos, acaba por realizar contratos. Atento a isto, para garantir que o bem comum continue a

ser perseguido, o Legislador elaborou a Lei 8.666/1993. Esta criação tem por finalidade estabelecer normas para as licitações e os contratos administrativos, que se ajustam pelas suas cláusulas e pelos regulamentos de direito público, aplicando princípios e disposições no contrato.

Apesar de constituir-se em um acordo consensual entre o Público, que no caso trata-se do Estado, e o particular, para a estipulação de obrigações recíprocas e a concepção de vínculo, põe os interesses da Administração Pública aquém da particular, ainda que busque, através de licitação, oportunizar propostas favoráveis de forma isonômica.

Na Legislação, pode-se encontrar todos os procedimentos necessários para formalização do contrato por parte da Administração.

A Administração Pública goza de prerrogativas que lhe permitem alterar, rescindir, fiscalizar e impor penas, relativamente à execução do contrato, ao contratado. Estas vantagens concretizam-se através dos dispositivos contratuais conhecidos como cláusulas exorbitantes. Apesar disso poderão ocorrer casos que impeçam ou retardem o desempenho do contrato.

Em uma das partes, o contrato administrativo possui características que o diferenciam do contrato comum, em razão da posse da Administração Pública, como Poder Público, que neste caso ditaria as regras na elaboração do contrato. Entre eles, refiro o de alterar e rescindir o contrato unilateralmente.

A rescisão unilateral é possível em várias hipóteses descritas nos incisos do art. 78 da Lei 8.666/1993, mas podemos classifica-las, basicamente, em duas espécies: a) Por culpa exclusiva do contratado; b) Por interesse público.

Todavia, a rescisão motivada no interesse público necessita de cuidados especiais, como o próprio inciso XII, do Art. 78, institui que seja necessária a existência do interesse público para rescindir o contrato e que seja de alta relevância e amplo conhecimento. Será imprescindível também a

observação do processo administrativo garantindo ao contratado o direito do contraditório e da ampla defesa.

Quando a Administração rompe o contrato unilateralmente, motivada ao interesse público, ela terá que pagar uma indenização ao contratado, posto que, o contrato constitui ato jurídico perfeito, e está salvaguardado, isso é o que preconiza o § 2 do art. 79.

Entretanto, o dever de indenizar da Administração pode fluir de duas espécies de responsabilidade civil diferente. A primeira é a contratual, pois ela não cumpre com o que foi acordado, assim ela terá que recompensar os lucros previsíveis que a inexecução contratual causar. Já a segunda, é a extracontratual, onde o dever de ressarcir decorre de ato ilícito, como, por exemplo, dizer que existe interesse público quando não há. Nesta hipótese a Administração responde objetivamente pelos danos que causar.

Infere-se, portanto, que ao firmar os contratos, e, posteriormente, rescindi-los, preconiza à Administração tomar muito cuidado, visto que quase sempre o contratado terá direito a receber indenizações.

Tal atitude acaba por onerar duplamente os cofres públicos, dado que, com base no princípio da continuidade do serviço público a Administração além de arcar com o valor da indenização, terá que contratar uma nova “pessoa” para realização do serviço.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Ato administrativo. Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo. Malheiros Editores. 1996.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Revista eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE). Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11. 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 03 out. 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: _____; Daniel Wunder Hachem (Coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo, 2000.

BRASIL. Constituição (1989). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: out. 2013.

_____. Lei nº 8.666 (1993). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: out. 2013.

_____. Lei nº 9.784 (1999). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>>. Acesso em 11 out. 2013.

_____. Lei 10.406 (2002). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em out. 2013.

Bobbio, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marcos Aurélio Nogueira. Editora Brasiliense. Milão. Itália. 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. t. I. 14. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, Vol. III; Contratos e Atos Unilaterais, 8ª edição, Editora Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 13. ed. Editora Saraiva. 2011.

HOBBS, T. Leviatã. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril. Cultural, 2003. Coleção Os Pensadores.

JÚNIOR, José Cretella. Curso de direito administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LOCKE, John. Dois Tratados do Governo Civil. Editora 70. Coleção Textos Filosóficos. Brasília. 2006.

MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98. 3. ed., São Paulo : Atlas, 1999.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. Licitação e contrato administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

RAMIN, Áurea Regina, Curso de Direito Administrativo, Brasília, STF.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

STJ - AgRg na SLS: 1083 RS 2009/0146705-6, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 29/06/2010, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 10/02/2011.

STJ – RESP 737741 RJ 2008/0110646-7 Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 12/11/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO.

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.223.306 - PR (2010/0216816-3), Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 08/11/2011, T2 - SEGUNDA TURMA.

TJSC - Ação nº 011.13.500005-0- Comarca de Brusque – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSC - Apelação Cível n. 2003.016652-1, de Campos Novos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 04-05-2004.

TJSC - Apelação Cível n. 2003.016652-1, de Campos Novos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 04-05-2004.

TJSC, Apelação Cível n. 2003.000704-0, de Palmitos, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 05-05-2003.